



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illimanta, Kamaymanta, Kachimanta*

**Jornadas Internacionales
de Derecho Empresarial**

La Empresa Moderna y el Derecho Empresarial en Latinoamérica

IV
edición

Coordinador:
Carlos Ramírez Romero



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kosikmanta*

IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial

Hugo Córmez Apas



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanio, Kamaymanta, Kasikmanta*

Hugo Gómez Apurc

IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial

La Empresa Moderna y el Derecho Empresarial en Latinoamérica

**San Francisco de Quito D.M. - Ecuador
17 - 20 octubre 2016**

Ecuador. Corte Nacional de Justicia
IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial / Corte Nacional de Justicia.
1ª ed.- Quito, Corte Nacional de Justicia, 2016.
560 p.; 17,0 x 23,8 cm.-
Coordinador: Dr. Carlos Ramírez Romero
1. IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial 2. Ecuador
ISBN: 978-9942-22-075-2
CDD ab.14 346 R42514j
Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Comité editorial

Iván Larco Ortuño
Marcelo Vargas Mendoza
Manuel Romoleroux Riofrío

Coordinadores

Claudia Guerrero Aguirre
Santiago Aráuz Ríos

Diseño y diagramación

Javier Leiva Espinoza

Impresión

Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia
Primera edición, octubre 2016
Quito, Ecuador

Auspician:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
el Instituto Latinoamericano de Estudios sobre la
Empresa y los Negocios ILADEN,
la Universidad Particular de Loja UTPL,
LexAdvisor Ecuador; y,
Actuaría Consultores Compañía Limitada

Personal de apoyo

Jaqueline Espinosa Guerrero
Dina Lima Castillo
Patricia Alvear Narváez
María Elena Mafla
Andrea Vallejo Aguirre
Manuel Chamba Chamba
Jorge Escobar Pauta
Francisco Espinosa Tapia
Edison Proaño Tello
Santiago González Muñoz
Víctor Chuquitarco Chicaiza
Henry Casaliglla Sánchez
Danilo Romero Rivas
Pablo Monge Alcocer
José Malacatus Valdiviezo

Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

*Hugo Ramiro Gómez Apac**

*María Antonieta Merino Taboada***

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia, así como miembro de la Comisión de Protección al Consumidor.

Ha sido profesor de los cursos de Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. También ha sido profesor de los cursos de Derecho Administrativo II y de Derecho Medioambiental en la Universidad ESAN y del curso de Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

** Abogada por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho (LL.M) por la New York University. Actualmente, Asesora de la Jefatura en el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Programa de Especialización en Derecho Minero, Gestión y Responsabilidad Ambiental en la Universidad del Pacífico y del Programa Especializado en Regulación y Fiscalización Ambiental en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido Directora de Supervisión, Subdirectora de Supervisión Directa y Secretaria Técnica del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, NYU International Finance and Development Fellow en el International Institute for Sustainable Development (IISD), Ejecutivo 1 de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios y Asistente Legal Senior de la Sala de Defensa de la Competencia en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Resumen:

A través de una comparación de las legislaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, el presente artículo examina y expone las diferencias y similitudes que existen en los países que conforman la Comunidad Andina respecto de la protección de la libre competencia. En particular, el artículo se enfoca en realizar la comparación en lo que respecta la tutela constitucional de la libre competencia, las autoridades administrativas a cargo de dicha tutela, el control de las conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias) y el umbral para el procedimiento de control de concentraciones empresariales.

Palabras clave: *derecho de la competencia, libre competencia, tutela constitucional, abuso de posición de dominio, prácticas colusorias, control de concentraciones empresariales, Comunidad Andina.*

Abstract:

Through a comparison of the laws of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru, this paper examines and outlines the differences and similarities existing in the countries comprising the Andean Community concerning the protection of free competition. In particular, the article compares the constitutional protection of free competition, the administrative authorities responsible of such protection, the control of anti-competitive behaviors (abuse of dominant position and collusive practices) and the threshold for business mergers.

Key words: *competition law, free competition, constitutional protection, abuse of dominant position, collusive practices, merger control, Andean Community.*

1. Introducción

La presente ponencia expone un análisis comparativo de la tutela de la libre competencia en los cuatro países que conforman la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; con el fin de evidenciar los aspectos en los cuales hay semejanzas de aquellos en los que hay diferencias. Este análisis comparativo nos permitirá apreciar las diferentes intensidades y particularidades que una misma temática jurídica —la defensa de la libre competencia— tiene en cuatro países vecinos que, no obstante sus diferencias, tienen en común gozar de una inigualable biodiversidad y riqueza pluricultural, así como compartir un mismo legado histórico.

Para efectos de la presente ponencia, por tutela o defensa de la libre competencia nos circunscribiremos a las normas jurídicas que establecen:

- a) La prohibición o sanción de las conductas anticompetitivas; esto es, el abuso de la posición de dominio (v.g., la negativa injustificada de contratar, la discriminación de precios u otras condiciones de comercialización, la imposición de ventas atadas o cláusula de atadura, el establecimiento de precios predatorios, etc.), y las prácticas colusorias horizontales (v.g., acuerdos, decisiones o recomendaciones sobre fijación de precios, limitación de la producción, reparto de clientes o mercados, etc.) y verticales (v.g., acuerdos sobre compra exclusiva, distribución exclusiva, venta exclusiva, etc.); y,
- b) Un procedimiento de autorización o control previo de las concentraciones o integraciones empresariales (fusión de empresas,

adquisición de acciones, compra de activos, contratos de gerencia, etc.): a partir de un umbral determinado (que puede estar en función de la cuota de mercado o un monto de las ventas o facturación de las empresas involucradas).

En este análisis comparativo nos centraremos en la tutela constitucional y administrativa, dejando el ámbito penal para otra oportunidad. Asimismo, si bien los cuatro países se encuentran regidos por la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina¹, que aprueba normas para la protección y promoción de la libre competencia en dicho espacio de integración subregional, en esta ocasión nos abocaremos a lo tratado en la legislación interna de cada país.

2. La tutela constitucional de la libre competencia

Los cuatro países tienen normas de defensa de la libre competencia en sus respectivas constituciones políticas, aunque no con la misma intensidad ni con el mismo enfoque.

Creemos que Perú es el país que cuenta con la norma constitucional que con mayor convicción defiende la libre competencia, lo que se puede apreciar en el artículo 61º de la Constitución Política de 1993, que a la letra dice:

*"Artículo 61º.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
(...)"*

La norma citada empieza reconociendo el deber del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, la cual se erige como un

¹ Emitida el 29 de marzo de 2005. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 04 de abril de 2005.

principio rector que orienta la economía del país. Claramente prohíbe el abuso de la posición de dominio, así como toda práctica que la limite, lo cual incluye, como es evidente, a las *prácticas restrictivas de la libre competencia*, que es el caso de las prácticas colusorias horizontales y verticales. Adicionalmente a ello, se establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios, lo que significa que tanto están prohibidos los monopolios fruto de una concertación (acuerdo entre empresas) como aquellos derivados de una decisión estatal. Con relación a esto último, resulta pertinente resaltar que la Constitución peruana es la única de la región andina que prohíbe los monopolios legales, ya sea que estos hayan sido creado mediante una ley u otra disposición legal o reglamentaria, incluyendo actos administrativos.

Es importante reconocer que la Constitución peruana no prohíbe el monopolio, ni la posición dominante ni el oligopolio. Lo que prohíbe es el abuso de la posición de dominio y las prácticas monopólicas, de modo que no es reprochable que una empresa, mediante la eficiencia económica (como la eficiencia productiva, asignativa e innovativa), llegue a convertirse en un monopolio: el único proveedor de un determinado bien o servicio y sus respectivos sustitutos.

Luego tenemos a Colombia, con los artículos 88º y 333º de su Constitución, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

"Artículo 88º.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)"

(Negrilla agregada)

"Artículo 333º.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para

su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

(...)

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

(...)"

La Constitución colombiana reconoce a la libre competencia (económica) como un derecho fundamental, con la particularidad de ser un derecho fundamental de carácter colectivo, de ahí que identifica a la "acción popular" como el instrumento constitucional procesal idóneo para proteger dicho derecho. Por otro lado, se aprecia claramente en el penúltimo párrafo del artículo 333º la prohibición del abuso de la posición de dominio, el cual puede ser efectuado por personas o empresas. Si bien este artículo no prohíbe de manera expresa las prácticas colusorias (las *prácticas restrictivas de la libre competencia*), es posible inferir esta circunstancia a partir del texto que señala que el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica. En efecto, desde una concepción amplia de libertad económica (una suerte de combinación entre la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación), es posible apreciar que una práctica colusoria es una forma de restringir la libertad económica.

En el caso de Ecuador, la tutela de la libre competencia la encontramos en los artículos 304º y 335º de su Constitución, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

"Artículo 304º.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

(...)

6. Evitar las prácticas monopolísticas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados."

“Artículo 335º.- (...)

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

La primera disposición constitucional citada señala que la política comercial del país tendrá, entre otros objetivos, evitar las prácticas monopólicas, particularmente del sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. La mención a “prácticas monopólicas” debería entenderse por la *monopolización del mercado por razones diferentes a la eficiencia económica*. Ello en atención a que carece de sentido prohibir los monopolios fruto de la eficiencia económica. No es reprochable que una empresa, sobre la base de ofrecer productos de calidad y a un buen precio sea la preferida de los consumidores, situación que no solo le puede dar poder de mercado (posición de dominio), sino inclusive convertirla en un monopolio, un monopolio lícito y que no perjudica el bienestar de los consumidores. Lo reprochable es obtener o mantener el poder de mercado por razones diferentes a la eficiencia económica, como es el caso del abuso de la posición de dominio. En tal sentido, el término “prácticas monopólicas” podría ser interpretado en el sentido de comprender tanto los casos de abuso de posición de dominio como las prácticas colusorias anticompetitivas (horizontales o verticales).

La segunda disposición constitucional citada, por su parte, dispone que el Estado establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado. Como en el caso anterior, podemos incluir a las prácticas colusorias (“práctica de monopolio”) dentro de las prácticas monopólicas.

Si bien la Constitución ecuatoriana proscribe tanto el abuso de la posición de dominio como las prácticas colusorias, hace énfasis en el sector privado (“monopolio y oligopolio privados”), dando a

entender que podría haber un tratamiento diferenciado entre el sector público y el privado. Sin embargo, el artículo 2º de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado del Ecuador, del año 2011, establece que dicha ley se aplica a todos los operadores económicos, incluyendo a las personas jurídicas **públicas**, con o sin fines de lucro.

Los dos artículos citados prohíben las “prácticas oligopólicas” y el “oligopolio privado”. Teniendo en consideración que el oligopolio es una estructura de mercado caracterizada por la presencia de pocos vendedores o compradores (oligopsonio), y que su manifestación no depende, por lo general, de la voluntad de las empresas que la conforman, la prohibición del oligopolio debe entenderse a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 334º de la Constitución del Ecuador, norma que establece que el Estado evitará la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos. En este sentido, una interpretación jurídica en línea con la defensa de la libre competencia puede considerar que se cumple con el dispositivo constitucional si en los mercados hay competencia efectiva (lo que, por cierto, podría ocurrir incluso en casos de duopolio), lo que se logra a través de un régimen de control de las concentraciones empresariales anticompetitivas, régimen que existe en el Ecuador.

Resta señalar que el constituyente ecuatoriano, a la par de establecer disposiciones de defensa de la libre competencia, también ha regulado la posibilidad de que el Estado establezca una política de precios orientada a proteger la producción nacional, tal como se aprecia en el Artículo 335º antes referido.

Finalmente, tratándose de Bolivia, la tutela de la libre competencia la podemos encontrar en el artículo 314º de su Constitución, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 314. Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.”

La disposición constitucional antes citada prohíbe cualquier tipo de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, lo que evidencia claramente la prohibición de las prácticas colusorias horizontales y verticales. Dicho artículo también prohíbe el monopolio privado. Una interpretación jurídica en línea con la defensa de la libre competencia podría llevarnos a considerar que dicho dispositivo legal no está prohibiendo los monopolios fruto de la eficiencia económica, sino las "prácticas monopólicas" (es decir, *la monopolización del mercado por razones diferentes a la eficiencia económica*), similar al caso ecuatoriano, de modo que la Constitución boliviana también estaría prohibiendo el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias (horizontales y verticales) anticompetitivas.

Por otro lado, y de manera similar a lo mencionado para Ecuador, el constituyente boliviano, a la par de establecer disposiciones de defensa de la libre competencia, también ha regulado la posibilidad de que el Estado dirija los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios; determine el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública, etc., tal como lo establece el artículo 316^a de dicha Constitución².

² Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.-

"Artículo 316".- La función del Estado en la economía consiste en:

(..)

2. Dirigir la economía y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios.

3. Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía.

4. Participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, e impulsar el desarrollo, evitando el control oligopólico de la economía.

(...)

8. Determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.

(...)"

El artículo 314º de la Constitución boliviana prohíbe el “oligopolio privado”, lo que debe entenderse a la luz de lo establecido en el artículo 312º de dicha Constitución, norma que señala que no se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado. Este mandato constitucional se cumple con un régimen de control de las concentraciones empresariales anticompetitivas, régimen que existe en Bolivia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que el Numeral 4 del artículo 316º de la Constitución boliviana contempla la posibilidad de contrarrestar el control oligopólico de la economía mediante la participación directa del Estado en la producción de bienes y servicios (económicos y sociales), lo que posiblemente ha encontrado cauce mediante la creación de empresas públicas o estatales.

Finalmente, y de manera similar a lo establecido en la Constitución ecuatoriana, la Constitución boliviana pone énfasis en el monopolio y el oligopolio “privado”, dando a entender un tratamiento diferenciado entre los agentes económicos privados y públicos. Sin embargo, conforme a lo establecido en los artículos 2º y 3º del Decreto Supremo N° 29519, del año 2008, que regula las conductas anticompetitivas absolutas y relativas, la regulación de la competencia se aplica a todos los agentes económicos, incluyendo en estos a las personas jurídicas de derecho público, con o sin fines de lucro.

3. Las autoridades administrativas de tutela de la libre competencia

En los cuatro países la tutela de la libre competencia recae en autoridades administrativas; sin embargo, algunos de ellos tienen más de una autoridad administrativa competente para proteger la libre competencia. Es el caso de Perú y Bolivia.

Perú cuenta con dos autoridades en materia de libre competencia: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI³ y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL (competente cuando el mercado afectado es el servicio público de telecomunicaciones).

Por su parte, Bolivia tiene a las Autoridades de Fiscalización y Control Social, las que han sido implementadas dependiendo de los distintos sectores productivos existentes.⁴ Las atribuciones en materia de libre competencia han sido conferidas a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas —creada mediante Decreto Supremo No. 071 del 9 de abril de 2009— que pertenece al Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.⁵ Pero además, Bolivia cuenta con Autoridades de Fiscalización y Control Social en los siguientes sectores: transportes y telecomunicaciones; agua potable y saneamiento básico; electricidad, bosques y tierra; y pensiones, todas reguladas por el decreto anteriormente mencionado.

A diferencia de Perú y Bolivia, Colombia y Ecuador tienen una única autoridad administrativa en materia de defensa de la libre competencia. Así, en Colombia, la autoridad administrativa competente —en forma privativa respecto de las investigaciones

³ El INDECOPI tiene dos instancias administrativas encargadas de la investigación, determinación y sanción de conductas anticompetitivas: la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (primera instancia) y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (segunda instancia).

⁴ Originalmente, Bolivia contaba con la Superintendencia de Empresas, creada por el Decreto Supremo No. 29519, como autoridad en defensa de la competencia. Sin embargo, mediante Decreto Supremo No. 29894 del 7 de febrero de 2009 (Título X, Capítulo I) se dispuso la extinción de las Superintendencias:

**“Artículo 138.- (Sistema de regulación sectorial y sistema de regulación de recursos naturales renovables) Exceptuando la Superintendencia de Hidrocarburos, que pasa a denominarse Agencia Plurinacional de Hidrocarburos, todas las superintendencias de los sistemas de regulación sectorial – SIRESE y de regulación de recursos naturales renovables (SIRENARE) se extinguirán en un plazo máximo de sesenta (60) días. Sus competencias y atribuciones serán asumidas por los Ministerios correspondientes o por una nueva entidad a crearse por norma expresa.
(...)”**

⁵ Esta autoridad, además, fiscaliza, controla, supervisa y regula las actividades de las empresas en lo concerniente al gobierno corporativo, reestructuración de empresas y registro de comercio (artículo 41 del Decreto Supremo No. 071 del 9 de abril de 2009).

administrativas— es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).⁶ La SIC cuenta con diversos despachos, con objetivos y facultades específicas. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia *“es el área responsable de la protección de la competencia y tiene por objeto investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal”*.⁷ Por su parte, Ecuador cuenta con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.⁸

En la medida que las decisiones que determinan la existencia de infracciones a la libre competencia son emitidas por autoridades administrativas, los cuatro países andinos contemplan la revisión de dichas decisiones en sede judicial, a través de acciones contenciosas administrativas.

⁶ Ley 1340 de 2009.-

“Artículo 6°. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

⁷ OCDE, *“Competencia y Estudios de Mercados en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú”* (2015), p.25. Disponible en: <http://www.oecd.org/da/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>.

Asimismo, en dicho documento se señala lo siguiente: *“La Delegatura de Protección de la Competencia está a cargo de los temas de competencia desleal administrativa, mientras que las facultades jurisdiccionales consignadas en el Código General del Proceso, están a cargo del Grupo de trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales.”*

⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

“Artículo 36.- Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia.”

excluyentes mediante las que las empresas tratarían de obtener o proteger posiciones monopolísticas".¹⁴

Para el caso del Perú, existe abuso de posición dominante cuando un agente económico que ostenta dicha posición la utiliza para *"restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición"*.¹⁵ De esta manera, la legislación peruana no condena la existencia de posición dominante por parte de cualquier operador en el mercado, sino el uso indebido de dicho poder para restringir la competencia, incluso, afectando a competidores potenciales. Es de notar, empero, que la legislación peruana reconoce que la prohibición y sanción de conductas anticompetitivas tiene un fin superior, cual es *"promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores"*.¹⁶

Precisamente, dado que en la legislación peruana solo es condenable el abuso de la posición dominante cuando genera una afectación a la competencia, las conductas encausadas como abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas (aplicación de la llamada *regla de la razón*);¹⁷ es decir, solo serán sancionables cuando se verifique que estas han causado un detrimento en la competencia y en el bienestar de los consumidores.¹⁸

¹⁴ OCDE. "Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares", (2004), p. 22.

¹⁵ Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

"Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)"

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

"Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores."

Bajo la *regla de la razón*, una conducta es ilícita si sus efectos anti-competitivos (medidos principalmente por el daño al bienestar de los consumidores) son mayores a sus efectos procompetitivos (medidos por lo general en eficiencias económicas). Estas conductas no son ilegales por sí mismas¹⁹, sino que su ilegalidad depende (de allí el nombre de prohibiciones "relativas") del análisis costo beneficio realizado. Si el costo es mayor al beneficio, es ilegal. De lo contrario, es legal.

Adicionalmente, la norma peruana establece un listado no taxativo de aquellas conductas que pueden calificar como abuso de posición de dominio. Entre otras, se pueden mencionar las siguientes: (i) negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o aceptar ofertas de venta o prestación de bienes y servicios; (ii) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (iii) obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación; (iv) establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; o (v) incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.

Es importante mencionar que la ley peruana, para efectos del análisis de las conductas que pueden constituir abuso de posición de dominio, no distingue entre aquellos casos que el poder haya sido obtenido a través del efecto del proceso competitivo y aquellos en los que dicho poder fue conferido mediante una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo. En ese sentido, independientemente del origen del poder de mercado, las conductas serán investigadas de la misma manera.²⁰

¹⁹ Propio de la *regla per se*.

²⁰ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas "Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-"

De otro lado tenemos a Colombia, que al igual que Perú, persigue aquellas actividades realizadas por una empresa en posición de dominio cuando tienen por objeto o generan el efecto de impedir o falsear la competencia en el mercado. No debe perderse de vista que la legislación colombiana en materia de libre competencia, de modo análogo al caso peruano, busca *“mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”*²¹, en suma, eficiencia económica y bienestar general.

En el caso colombiano se ha establecido que seis pueden ser las conductas que constituyen abuso de posición dominante: (i) la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos; (ii) la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en una situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; (iii) los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones; (iv) la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; (v) vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio

(...)

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

(...)"

²¹ Decreto Supremo No. 2153 de 1992, artículo 2.

no corresponda a la estructura de costos de la transacción; y (vi) obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Cabe señalar que conforme a lo establecido por la ley colombiana, estas prácticas se encuentran prohibidas.²²

En el caso de Ecuador, su Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala lo siguiente:

***"ARTÍCULO 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.
(...)"*

Como se aprecia, se reconoce que el abuso de posición de dominio no constituye una conducta que puede ser ejercida por un solo agente en el mercado, sino que también esta puede ser ejecutada por varios operadores económicos. Este es un aspecto que debe ser tomado en consideración, pues una conducta podría ser investigada como un abuso de posición de dominio y no necesariamente como una práctica colusoria. Precisamente, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, constituye abuso de poder de mercado las conductas de uno o varios operadores económicos que, debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, afectan o limitan la participación de sus competidores²³; o la implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.²⁴

²² Decreto 2153 de 1992.-

"ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."

²³ Numeral 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁴ Numeral 15 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Cabe resaltar que la legislación ecuatoriana es la que posee el listado más extenso de conductas que pueden calificar como abuso de posición de dominio (23 conductas), pudiéndose encontrar, entre otras conductas, las siguientes: (i) la fijación de precios predatorios o explotativos; (ii) la discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios; (iii) la venta condicionada y la venta atada, injustificadas; (iv) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios; y, (v) el abuso de un derecho de propiedad intelectual, según la legislación internacional y nacional de la materia. No obstante, entendemos que esta es una lista abierta, pudiéndose considerar otras conductas no previstas expresamente en la norma.²⁵ Sin embargo, es de notar que la ley ecuatoriana también reconoce que *"la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general"*.²⁶ Por el contrario, *"el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que se impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, se atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en [la] ley"*.²⁷

Considerando lo anterior, de manera similar a lo señalado en las legislaciones peruana y colombiana, el efecto del abuso de posición de poder de mercado no se circunscribe al daño directo a los competidores, sino que se reconoce que la conducta cuestionada afecta la eficiencia económica o el bienestar general.²⁸

²⁵ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

"Artículo 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:
(...)"

²⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 7.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 9.

La legislación ecuatoriana, al igual que en el caso peruano, también reconoce que la prohibición del abuso de posición dominante alcanza a los operadores cuyo poder de mercado fue establecido por disposición legal; de esta manera, dicha legislación aplica el mismo tratamiento para el análisis y sanción de esta conducta a todos los agentes que operan en el mercado, independientemente de la forma como obtuvieron su posición de dominio.

Una característica adicional que recoge Ecuador es la figura de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, según la cual se prohíbe la explotación de quien ostenta poder de mercado de la situación de dependencia económica en la que se puedan encontrar sus clientes o proveedores, que no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. La materialización de esta conducta se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. En estos casos, se faculta a las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción a adoptar medidas que contrarrestar la situación verificada, especialmente, *"en intercambios de pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con la redes de intermediación del sector privado"*. Así, se aprecia una intervención directa y especial del Estado cuando la conducta prohibida —el abuso del poder de mercado— repercute en los sectores de la economía más débiles y vinculados a los bienes que integran a la canasta familiar (productos agroalimentarios y de la economía popular).²⁹

²⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

"Artículo 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.- (...) Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas."

Ahora bien, en lo que concierne a Bolivia, este país posee una regulación especial respecto de la prohibición del abuso de posición de dominio que requiere concordar un ámbito normativo disperso. La norma general sobre libre competencia (Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial No. 190 del 2008) no contempla de manera específica qué conductas pueden ser reprimidas como abuso de posición de dominio; simplemente establece los criterios para determinar el poder de mercado. Efectivamente, dicha norma señala expresamente lo siguiente:

"Artículo 13 (Determinación del poder de Mercado) Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

- 1. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente contrarrestar dicho poder.*
- 2. La existencia de barreras en la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.*
- 3. La existencia y poder de sus competidores en el mercado relevante.*
- 4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.*
- 5. Su comportamiento reciente; y*
- 6. Los demás criterios que sean sustentados desde el punto de vista económico y legal."*

Esta omisión habría sido subsanada mediante la Ley 1600 del Sistema de Regulación Sectorial-SIRESE, la que establece que *"se entiende que una empresa o entidad tiene una posición dominante en el mercado, si como oferente o demandante de un determinado tipo de bienes o servicios regulados, es la única dentro del mercado o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo."*³⁰

³⁰ Artículo 18 de la Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial - SIRESE del 28 de octubre de 1994.

Si bien esta norma está pensada para ser aplicada para los sectores regulados por la referida ley (telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y agua), entendemos que su ámbito de aplicación puede extenderse a otros sectores, en la medida que, como señala dicha norma, se busca garantizar “la libre competencia, evitando actos que la impidan, restrinjan o distorsionen”.³¹

Asimismo, la legislación boliviana detalla aquellas conductas que califican como “anticompetitivas absolutas” y que pueden calificar como abuso de posición de dominio (v.g., la fijación de precios, distribuir segmentos de mercado o establecer la obligación de no producir)³². De manera complementaria, la Ley 1600 incluye un listado taxativo de cinco conductas que constituyen abuso de posición dominante (denominadas “prácticas abusivas”) y que se encuentran prohibidas al tener como efecto el perjuicio de los competidores, clientes y usuarios (v.g., la imposición de precios de compra o venta; y la limitación de la producción o de fuentes de aprovisionamiento)³³.

³¹ Artículo 15 de la Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial - SIRESE del 28 de octubre de 1994.

³² Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008
“Artículo 10°.- (Conductas anticompetitivas absolutas)

1. Son conductas anticompetitivas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo propósito o efecto sea cualquiera de los siguientes:
 - a. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
 - b. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen, frecuencia restringidos o limitados de servicios;
 - c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
 - d. Establecer, concertar, coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas públicas.

(...)”

³³ Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial – SIRESE

“ARTÍCULO 17.- (PRÁCTICAS ABUSIVAS).-

Queda prohibido a las empresas o entidades sujetas a regulación bajo la presente ley, realizar prácticas abusivas que tuvieran el propósito o efecto de perjudicar a sus competidores clientes

Cabe señalar que si bien la lista de prácticas abusivas considerada en la ley contempla cinco conductas, creemos que la legislación boliviana no ha limitado la posibilidad de investigar prácticas análogas³⁴.

4.2. Regulación de las prácticas colusorias

Con relación a los acuerdos, la OCDE ha señalado que *"los acuerdos pueden permitir que un grupo de empresas actúe en forma concertada para lograr características de una situación de monopolio, como subir precios, limitar la producción o impedir el acceso al mercado o la innovación"*.³⁵ Estos acuerdos pueden ser horizontales o verticales.

Los acuerdos horizontales han sido definidos como aquellos *"entre las empresas que se encuentran en un mismo nivel de la producción, fabricación o venta de productos similares o sustituibles"*.³⁶ De esta manera, los acuerdos más problemáticos son aquellos que impiden la rivalidad que debe existir entre competidores sobre elementos dinámicos fundamentales de la competencia de mercado como son los precios y la producción.³⁷

y usuarios, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados. Dichas prácticas abusivas podrán consistir en:

- a) La imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales no equitativas;
- b) La limitación de la producción, de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores;
- c) La aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja;
- d) Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al objeto de dichos contratos.
- e) Exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista."

³⁴ Ello, por cuanto en la norma citada en la nota al pie precedente, se menciona que las prácticas abusivas *"podrán consistir en (...)"*, lo que no cierra la posibilidad de conductas que tengan un propósito análogo o equivalente.

³⁵ OCDE, "Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares", (2004), p. 21.

³⁶ Pereznielo, Leonel; Guerrero, Renato. "Derecho de la competencia económica". Oxford University Press, México, 2002, p. 6.

³⁷ OCDE, "Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares", (2004), p. 21.

De otro lado, los acuerdos verticales han sido definidos como aquellos que *“para su consecución exigen del concurso de empresas ubicadas en distintos eslabones de una cadena de producción y comercialización”*.³⁸ La preocupación de este tipo de prácticas radica en que estas pueden tener como efecto el aumento de precios, una calidad o cantidad menor de productos o la restricción del acceso al mercado de otros competidores.³⁹

Como se explica a continuación, la legislación peruana destaca por contar con una regulación más extensa en materia de prácticas colusorias, habiendo incorporado elementos que permiten la identificación del tipo de práctica colusoria (horizontal y vertical).

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú del año 2008 entiende por prácticas colusorias horizontales *“los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.”*⁴⁰

La norma contiene un exhaustivo listado de prácticas colusorias horizontales (v.g., fijación concertada de precios, reparto concertado de clientes, negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición o concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva);⁴¹ sin embargo, se reconoce la existencia de otras

³⁸ Coloma, Germán. Op. Cit., p. 189.

³⁹ OCDE, “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 21.

⁴⁰ Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴¹ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. *Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:*

- (a) *La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;*
- (b) *La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- (c) *El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;*

prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a la mayor eficiencia económica y que, por tal motivo, pueden ser investigadas y sancionadas.

Es importante notar que en el análisis de estas conductas se aplica la "regla de la razón" (o de la restricción razonable); esto es, dichas conductas no son en sí mismas prohibidas, ni se presume que sus efectos son contrarios a la libre competencia, por lo que se consideran *prohibiciones relativas*. En estos casos, de establecerse la existencia del acuerdo, la conducta será sancionada si se verifica "*que esta tiene, o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores*".⁴²

Sin perjuicio de lo anterior, la norma peruana establece de manera puntual supuestos específicos que califican como prohibiciones absolutas (aplicación de la *regla per se*); es decir, existe la presunción que estos acuerdos causan un daño en sí mismos y, por ende, deben ser sancionados de verificarse su materialización.⁴³ Estos

- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

(...)"

⁴² Ver supra 26.

⁴³ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
"Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta."

corresponden a los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, y que tengan por objeto: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o (iv) establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates.⁴⁴ En los casos de conductas colusorias horizontales distintas a las antes mencionadas, la ley señala que constituyen prohibiciones relativas.⁴⁵

En el caso de las prácticas colusorias verticales, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reprime *“los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia”*.⁴⁶

Estos acuerdos pueden constituir los mismos supuestos tipificados como acuerdos horizontales y abuso de posición de dominio, de ser el caso. Asimismo, la norma dispone que para que se configure la infracción, es requisito que una de las partes involucradas tenga posición de dominio⁴⁷, siendo que, además, en todos los supuestos, las conductas constituyen prohibiciones relativas.

Colombia, a diferencia de lo advertido en el caso peruano, no regula de manera diferenciada entre prácticas colusorias horizontales

⁴⁴ Numeral 11.2 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁵ Numeral 11.3 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁶ Numeral 12.1 del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁷ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.”

y las prácticas colusorias verticales, siendo que se limita a establecer un listado enunciativo de los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia. Así, por ejemplo, estos acuerdos pueden ser los que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios; la determinación de condiciones de venta o comercialización discriminatoria frente a terceros; la asignación de cuotas de producción o suministro; la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.⁴⁸

Además, en la medida que la legislación colombiana no incluye reglas diferenciadas para el análisis de las prácticas colusorias horizontales y verticales, en la determinación de una infracción por una práctica colusoria vertical, no se incluye como uno de los requisitos la existencia de posición de dominio, contrariamente a lo verificado en el caso peruano antes mencionado.

Al igual que en el caso colombiano, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador no diferencia entre prácticas colusorias horizontales y verticales; en ese sentido,

⁴⁸ Decreto 2153 de 1992.-

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas."*

únicamente contiene un listado enunciativo de lo que se considera, en términos generales, como prácticas restrictivas. Así, por ejemplo, se encuentra la fijación de manera concertada o la manipulación de precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción; o el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas⁴⁹. Por ello, de manera similar que lo verificado en la legislación colombiana, Ecuador no ha incorporado como requisito para la configuración de una práctica colusoria vertical que una de las partes involucradas ostente posición de dominio en el mercado.

Si bien las conductas consideradas en la legislación ecuatoriana se encuentran prohibidas —y por lo tanto, son nulos de pleno derecho⁵⁰— existen exenciones a dicha prohibición. En efecto, serán permitidos los acuerdos “que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”⁵¹ siempre que se cumplan tres condiciones: (1) que permitan que los consumidores o usuarios participar

⁴⁹ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-**

“Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
(..)”

⁵⁰ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

“Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- (...)

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”

⁵¹ Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

de forma equitativa en sus ventajas; (2) que no se impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos buscados; y (3) que no otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.⁵² Como es evidente, es una forma de aplicación de la *regla de la razón*. En estos casos, la autoridad competente vigilará que estos actos cumplan con estas condiciones, ya que de lo contrario se dispondrá el cese del acuerdo, sin perjuicio de la aplicación de sanciones y medidas preventivas o correctivas.

Además, en su análisis, Ecuador aplica la "*regla minimis*", de modo que las prohibiciones contempladas en la norma no resultan aplicables para aquellos operadores económicos que por su pequeña escala de operación o escasa significancia en el mercado no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia.⁵³

En lo que concierne a Bolivia, la legislación de este país se ha limitado a establecer, de manera general, conductas que califican como prácticas anticompetitivas. El Decreto Supremo No. 29519 boliviano no ha diferenciado entre prácticas colusorias que son realizadas entre empresas competidoras del mismo nivel, y aquellas que son realizadas entre empresas de diferente nivel en la cadena de producción; es decir, no existe una regulación expresa que diferencie las prácticas colusorias horizontales de las prácticas colusorias verticales.

Sin embargo, sí establece la existencia de prácticas anticompetitivas absolutas (*regla per se*) y relativas (*regla de la razón*). Las

⁵² *Ibíd.*

⁵³ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

"**Artículo 13.- Regla de minimis.**- Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La Junta de Regulación determinará los criterios para la aplicación de la regla de minimis."

primeras corresponden a conductas de gravedad media y máxima (v.g., concertación de precios, asignaciones de mercado o concertación en subastas públicas) que, de verificarse, serán sancionadas con multa o suspensión definitiva o temporal de las actividades.⁵⁴ Por su parte, las segundas corresponden a conductas que podían ser consideradas de gravedad, media o máxima, de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado⁵⁵ (v.g., fijación de la comercialización entre agentes que no son competidores entre sí). Cabe señalar que la legislación boliviana prevé la posibilidad de no sancionar las prácticas anticompetitivas relativas. Es así que la sanción se impone solo si se comprueba la concurrencia de dos condiciones: (1) que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y (2) que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.⁵⁶

5. El umbral para el procedimiento de control de concentraciones empresariales

El control de fusiones o de concentración es un instrumento de la política de competencia que busca prevenir futuras restricciones a la competencia; como tal, está diseñado como un instrumento de

⁵⁴ Resolución Ministerial No. 190 de 2008

"Artículo 9. (Prácticas anticompetitivas absolutas). Las prácticas anticompetitivas absolutas señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 29519, son infracciones consideradas de gravedad media y máxima, las mismas que, ante la evidencia de su ejecución por parte del o los agentes económicos involucrados bajo garantía del debido proceso, serán sancionadas con multa o con la suspensión definitiva o temporal de sus actividades y en su caso, con la Revocatoria de la Matrícula de Comercio, de acuerdo a evaluación económica y justificación legal en el marco de las disposiciones normativas en vigencia."

⁵⁵ Resolución Ministerial No. 190 de 2008

"Artículo 10. (Prácticas anticompetitivas relativas). Las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo No. 29519, son infracciones que podrían ser consideradas de gravedad leve, media o máxima, de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado, conforme se señalan en los artículos siguientes."

⁵⁶ Resolución Ministerial N° 190 de 2008, artículo 11.

intervención *ex ante* que tiene por finalidad evitar que se generen estructuras de mercado proclives a comportamientos anticompetitivos⁵⁷. Así, se ha señalado que el problema central de las concentraciones empresariales es que, bajo ciertas condiciones, pueden reducir o eliminar la competencia, pues cuando existe rivalidad entre las empresas y estas pueden competir en condiciones de paridad en el mercado, el resultado es una mayor eficiencia, una conducta innovadora, menores precios y mejor calidad, lo que no se advierte en un escenario de poder monopólico.⁵⁸ De esta manera, el control de fusiones o concentraciones tiene por objeto impedir la creación de empresas con el incentivo y la capacidad para abusar de su posición dominante en el mercado.⁵⁹ Un régimen de control de concentraciones empresariales lo que busca es que en el mercado haya competencia efectiva; es decir, una real y auténtica competencia.

Si bien los cuatro países cuentan con normas que regulan el procedimiento de control de concentraciones empresariales, no todas ellas han sido desarrolladas con el mismo detalle. De las cuatro, solo Colombia y Ecuador poseen un régimen general de control de fusiones, siendo que Perú y Bolivia han regulado las concentraciones empresariales para sectores específicos de la economía.

Así, de los cuatro países andinos, Perú es el que cuenta con la legislación más circunscrita en materia de control de fusiones. En efecto, en el Perú no se ha aprobado un régimen general de control de fusiones o concentraciones empresariales; el que existe es solo aplicable al sector eléctrico⁶⁰, de modo que en todos los demás sectores

⁵⁷ Roldán Barraza, Nicolás. "Control de Fusiones: evaluando la conveniencia de su aplicación en Perú". Revista RAE Jurisprudencia. Edición Noviembre 2012, p. 2.

⁵⁸ Távara Martín, José Ignacio y DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. "Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú". En: Themis Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 47, p. 169.

⁵⁹ OCDE. "Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares", (2004), p. 22.

⁶⁰ Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

de la economía los operadores económicos poseen plena libertad para fusionarse sin necesidad de contar con una autorización previa emitida por la autoridad.

Ahora bien, las concentraciones horizontales y verticales en el sector eléctrico requieren autorización previa obligatoria cuando se adviertan las condiciones establecidas en la norma. Es así que, tratándose de concentraciones horizontales, la autorización previa es obligatoria solo cuando las empresas que buscan concentrarse posean —de manera previa o posteriormente a la fusión y de forma conjunta o por separado—, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado donde se produzca la concentración. De otro lado, en el caso de concentraciones verticales, la autorización previa es obligatoria cuando el porcentaje de participación de las empresas en cualquiera de los mercados involucrados sea igual o superior al 5%, antes o después de la concentración.⁶¹

Como hemos indicado, al igual que Perú, Bolivia no cuenta con un régimen general de fusiones; sin embargo, ha desarrollado una regulación específica de fusiones para los sectores de electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones, transportes y agua, los cuales se encuentran regulados por la Ley No. 1600 del Sistema de Regulación Sectorial-SIRESE. Al respecto, dicha ley establece lo siguiente:

⁶¹ **Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antiligopolio del Sector Eléctrico**
"Artículo 3.- (...)

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados."

"ARTÍCULO 18. (PROHIBICIÓN DE FUSIONES ENTRE COMPETIDORES).

Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico. (...)."

Tal como se aprecia, las fusiones empresariales no están *per se* prohibidas para la legislación boliviana. De hecho, la norma antes mencionada establece que por excepción pueden realizarse fusiones entre los competidores del mismo sector, cuando estas operaciones *"contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada."*⁶²

De esta manera, se reconoce que las fusiones entre los competidores pueden acarrear un beneficio económico en general, sin afectar la competencia. Empero, para que pueda verificarse ello, al igual que en el caso peruano, antes de realizar una fusión entre competidores se debe solicitar una autorización a la Superintendencia Sectorial, la que emitirá un dictamen para que la operación pueda llevarse a cabo. Sobre el particular, la legislación boliviana ha previsto dos mecanismos que pueden ser empleados por los operadores económicos: (1) la consulta,⁶³ que supone que cualquiera que realice

⁶² Ley No. 1600 del Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE, artículo 19.

⁶³ Reglamento de la Ley del Sistema de Regulación Sectorial, Decreto Supremo N° 24504.-
"Artículo 28.- Consulta. Si resulta procedente de conformidad a lo establecido en las normas legales sectoriales, cualquier persona, empresa o entidad que realice actividades en un sector sujeto a regulación de conformidad a la Ley SIRESE, puede presentar una consulta para obtener un pronunciamiento del Superintendente Sectorial con relación a:

- a) Un convenio, contrato, decisiones o prácticas concertadas que, en caso de ser ejecutadas, podrían constituir una contravención al artículo 16 de la Ley SIRESE.
- b) Una fusión que, en caso de ser ejecutada, podría constituir una contravención al artículo 18 de la Ley SIRESE."

actividades en un sector regulado puede solicitar la opinión del Superintendente Sectorial con relación a una determinada fusión, la que de ser ejecutada podría contravenir la ley; y (2) la solicitud de exclusión⁶⁴, solicitada por los operadores que desean fusionarse para que sean excluidos de la prohibición de fusión, en tanto esta acarrea beneficios y no conlleva la posibilidad de eliminar la competencia.

En este punto, cabe señalar que la norma boliviana no establece volumen de ventas ni porcentaje de participación en el mercado para autorizar fusiones entre competidores, ni tampoco establece condicionamientos para la aprobación de una fusión. No obstante, el Manual de Prácticas Anticompetitivas⁶⁵ establece que para que la autoridad competente autorice o no la fusión debe tener en cuenta la identificación del mercado relevante en el que operan las empresas que se concentran, el grado de concentración resultante, entre otros factores.

Hemos señalado que, contrariamente a lo observado en Perú y Bolivia, Colombia y Ecuador sí poseen un régimen general de control de fusiones.

En el caso de Colombia, este régimen se encuentra establecido en la Ley 1340 de 2009 y está destinado a regular las "integraciones empresariales". Es de notar que la legislación colombiana cuenta con un procedimiento detallado sobre las etapas y pasos que deben cumplirse para aprobar una integración empresarial.

⁶⁴ **Reglamento de la Ley del Sistema de Regulación Sectorial, Decreto Supremo N° 24504 "Artículo 19.- (Exclusión).**- *Previo dictamen fundamentado del Superintendente Sectorial, mediante Resolución Suprema correspondiente, podrán quedar excluidas de la prohibición establecida en el artículo 18° de esta ley, las fusiones que contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.*"

⁶⁵ Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, Manual de Prácticas Anticompetitivas. Disponible en: http://www.cepb.org.bo/doc_economicos/ManualPracticasAnticompetitivas.pdf

En particular, se dispone que todos los operadores que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor están obligados a “informar” sobre la concentración —o lo que es lo mismo, solicitar la autorización correspondiente— si en conjunto o individualmente consideradas, tuvieron durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos o activos superiores a los establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y, adicionalmente, cuentan con una participación en el mercado relevante mayor al 20%. Si las empresas que buscan concentrarse no superan en conjunto con más del 20% de participación del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación, empero, deben “notificar” a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación, esto es, únicamente deben poner en conocimiento de dicha autoridad la existencia de la fusión. De esta manera, se aprecia que en todos los casos —independientemente del trámite que los operadores deberán seguir eventualmente— las operaciones de integración o fusión empresarial siempre serán de conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Debe mencionarse que las integraciones empresariales pueden ser aprobadas con determinados condicionamientos u obligaciones, cuando *“existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia”*⁶⁶ De esta manera, se establecen mecanismos para cautelar que la fusión no limite la competencia en el mercado. Así, la legislación colombiana ha considerado que una integración podrá autorizarse si se cumplen dos requisitos: (1) identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e (2) implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Además, si bien la ley no detalla las condiciones u obligaciones que pueden ser establecidas, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que dichas condiciones pueden ser de tipo estructural

⁶⁶ Artículo 11 de la Ley 1340 de 2009.

o de comportamiento, siendo uno de los principales condicionamientos estructurales el consistente en *"la desinversión de todos los activos necesarios para que el comprador sea un competidor efectivo"*.⁶⁷

Por su parte, la legislación que regula el régimen general de control de fusiones en el Ecuador ha definido a la concentración económica como el *"cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos"*.⁶⁸

Asimismo, establece dos condiciones que, de verificarse indistintamente, obligará a los involucrados en operaciones de concentración (horizontales o verticales) a notificar a la autoridad competente, independientemente de la actividad económica realizada: (1) el volumen de negocios total del conjunto de los participantes que desean concentrarse; y (2) el porcentaje de participación de mercado.⁶⁹

Con relación al primero, se notificará la concentración si el volumen de negocio total supera, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto de Remuneraciones Básicas Unificadas⁷⁰

⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Guía de integraciones empresariales, p.34. En: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_Integraciones_VF_Para_Publicacion.pdf

⁶⁸ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.**

"Artículo 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico."

⁶⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 16.

⁷⁰ Para el año 2016 se ha establecido el monto de Remuneraciones Básicas Unificadas (o Salario Básico Unificado) es de US\$ 366 dólares mensuales.

vigentes establecido por la Junta de Regulación.⁷¹ Con relación al segundo, se notificará la concentración cuando los operadores económicos que busquen concentrarse se dediquen a la misma actividad económica y, como consecuencia de dicha concentración, adquieran o incrementen su participación en el mercado relevante del producto o servicio en una cuota igual o superior al 30%.

En ese sentido, si no se identifican cualquiera de las dos condiciones antes mencionadas, las empresas no están obligadas a notificar sus operaciones de concentración empresarial.⁷²

Al igual que lo advertido en el caso de Colombia, la legislación ecuatoriana dispone que la concentración económica que esté obligada a cumplir con el procedimiento de notificación puede ser aprobada también con determinados condicionamientos,⁷³ los que pueden estar referidos al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados.

6. Conclusiones

La libre competencia es uno de los motores que impulsa la economía de los países, pues incentiva a las empresas a ser más eficientes, más competitivas. La competencia permite la obtención de

⁷¹ Los montos de Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU) ha sido establecida conforme al siguiente detalle:

- Empresas del sistema financiero nacional y del mercado de valores: 3 200 000 RBU
- Empresas de seguros y reaseguros: 62 000 RBU
- Otras empresas: 200 000 RBU

⁷² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Sección 4 De la concentración económica.

⁷³ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**
"Artículo 15.- Control y regulación de concentración económica.-
(...)

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo (...)"

[Subrayado agregado]

productos y servicios con la mejor combinación de precios, calidad, variedad e innovación, de modo que se maximice el bienestar de los consumidores. De allí la importancia de contar con normas que defiendan la libre competencia.

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú han incluido en sus respectivas legislaciones normas que tienen por objeto la protección de la libre competencia, aunque con distintas intensidades y enfoques. Es importante destacar que el resguardo de la libre competencia ha sido reconocida constitucionalmente por los cuatro países, lo que implica un reconocimiento de la importancia de su protección como un aspecto esencial del funcionamiento económico de sus mercados. En Perú la libre competencia es un principio rector de la economía, mientras que en Colombia (con el nombre de *libre competencia económica*) es un derecho fundamental de naturaleza colectiva.

Esta protección supone la proscripción del abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas colusorias horizontales y verticales, así como la incorporación de disposiciones que regulan el control de fusiones y concentraciones empresariales anticompetitivas.

En relación con el abuso de posición de dominio, los cuatro países incluyen en sus legislaciones disposiciones que claramente buscan impedir el ejercicio abusivo del poder de mercado, aunque con ciertas diferencias y particularidades. Así, es posible apreciar en la legislación de estos países la prohibición de la discriminación de precios u otras condiciones de comercialización, la negativa injustificada de contratar, la imposición de ventas atadas o cláusula de atadura, etc.

En cuanto a las prácticas colusorias, se advierte que los cuatro países han identificado aquellas conductas que se encuentran proscritas. Las legislaciones de los cuatro países prohíben las prácticas colusorias más dañinas como, por ejemplo, los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción, de reparto de clientes o mercados, etc.

Si bien las legislaciones de los cuatro países cuentan con normas que regulan el procedimiento de control de fusiones o concentraciones empresariales, no todas ellas han sido desarrolladas con el mismo detalle. De hecho, solo Colombia y Ecuador poseen un régimen general de control de fusiones, siendo que Perú y Bolivia han regulado las concentraciones empresariales para sectores específicos de la economía. Asimismo, considerando solo a Perú y Bolivia, la legislación en materia de control de fusiones del primero es más limitado que el segundo, pues solo se ha previsto para el sector eléctrico.

Así, con sus respectivas diferencias, los países de la Comunidad Andina han procurado implementar en sus legislaciones disposiciones a partir de las cuales se asegure la protección de la libre competencia, permitiendo que esta se desenvuelva de manera efectiva, lo que al final repercutirá en beneficio no solo de los competidores que existan en el mercado (reales o potenciales), sino principalmente de los consumidores, y de la sociedad en su conjunto.